

RAQUEL FERNANDES CARLOS

OS LIMITES DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

**Brasília
2018**

RAQUEL FERNANDES CARLOS

OS LIMITES DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Direito pelo
Centro Universitário de Brasília/DF –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinícius Reis
Bastos

**Brasília
2018**

RAQUEL FERNANDES CARLOS

OS LIMITES DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Direito pelo
Centro Universitário de Brasília/DF –
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinícius Reis
Bastos

BRASÍLIA, _____ DE _____ DE 2018.

BANCA EXAMINADORA

Marcus Vinícius Reis Bastos
Prof. Orientador

Prof. Examinador

**Agradeço à minha família, amigos,
professores e a todos que me
incentivaram e apoiaram nesta
jornada.**

RESUMO

O sistema processual penal brasileiro é produto de alterações e inovações institucionalizadas ao longo de décadas. À luz da Constituição Federal de 1988, garantias como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa direcionam o curso da ação penal. Apesar da ampliação dos direitos e garantias fundamentais e da exclusividade do Ministério Público na propositura da ação penal pública, o sistema acusatório vive de maneira predominante no Direito Processual Penal. Dessa forma, discute-se o papel do juiz no processo penal e as possibilidades do magistrado no que tange à produção de provas nos diversos momentos entre a instauração do inquérito policial até o trânsito em julgado da respectiva sentença – seja ela absolutória ou seja ela condenatória. O assunto, percorrido ao longo de três capítulos, aborda a legitimidade do magistrado ao pará-la com direitos e princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Constituição Federal – Direito Processual Penal – Sistema Acusatório – Contraditório – Ampla Defesa – Fase Investigativa – Fase Processual – Provas – Juiz.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 JURISDIÇÃO CRIMINAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	9
1.1 As garantias constitucionais do processo penal	9
1.2 Processo penal brasileiro e o modelo acusatório	16
1.3 Traços do modelo inquisitivo no processo penal brasileiro.....	21
2 DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL	26
2.1 Princípios concernentes a prova no processo penal.....	26
2.2 Repartição do ônus da prova	33
2.3 O papel do juiz na fase instrutória.....	37
3 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	40
3.1 A iniciativa probatória do juiz em sede investigatória.....	40
3.2 A iniciativa probatória do juiz durante o curso da ação penal	47
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal Brasileiro, promulgado como Decreto-Lei nº 3.689/1941, foi objeto de diversas alterações até o presente momento. A Constituição Federal de 1988 definiu-se como marco do equilíbrio processual penal e do reconhecimento de garantias fundamentais ao acusado.

Preliminarmente, destaca-se que a Carta Magna, consagrada poucos anos após o término da ditadura militar, apresentou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como cânone norteador do Texto Maior. A partir dele, discorrem princípios como o devido processo legal, o juiz natural e a publicidade, bem como todos os direitos fundamentais individuais. Seus moldes fortaleceram o Estado Democrático de Direito e afastaram atos de injustiças sociais, a exemplo de abusos e arbitrariedades.

Sob fundamentos ligados à política processual da sociedade, o Código de Processo Penal, após a Carta de Outubro, revestiu-se do Princípio da Não Culpabilidade, a destinar maior proteção ao acusado e a ampliar os direitos e garantias conferidos às partes na persecução penal. Dessa forma, normas constitucionais e infraconstitucionais delinearam características do sistema acusatório, contrário à práticas de atos instrutórios pelo juiz. Malgrado haja doutrinadores que defendam ser o sistema brasileiro de natureza inquisitória ou, ao menos, mista, prevalece o entendimento de que o sistema aplicado ao Direito Processual Penal é o acusatório, capitaneado pela corrente majoritária, pelos Tribunais Superiores e pela própria Suprema Corte. Não obstante seja aplicado o sistema acusatório, certo é que ainda há resquícios do modelo inquisitório, como a possibilidade de confecção de provas *ex officio* pelo magistrado em sede pré-processual e a ausência de contraditório e ampla defesa na respectiva fase.

Em segundo momento, disserta-se sobre institutos norteadores das regras que concebem a produção de provas no processo penal, princípios como o da presunção de não culpabilidade – elevado em 1789 pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – e o da busca da verdade real ganham destaque na garantia efetiva da justiça. Ao passo que o princípio da ampla defesa se subdivide em defesa técnica e autodefesa, o princípio do contraditório – o qual recai sobre ambas as

partes do processo – confere dialeticidade e estado de equilíbrio ao litígio. Destaca-se, ainda, o reforço à formação do convencimento judicial, por meio do princípio da identidade física do juiz.

Ainda no segundo capítulo, no que tange à repartição do ônus da prova, desenvolve-se o presente trabalho no sentido de explorar e envolver o *onus probandi* ao órgão acusador e às partes. O instituto configura, pois, mera faculdade ao acusador e à defesa, ressalvada a possibilidade de a não observância acarretar consequências nefastas àquele negligente. Ademais, o Princípio da Comunhão de Provas permite ao órgão julgador considerar elementos probatórios indexados aos autos, não importando qual parte a tenha apresentado.

Importante tema é discutido, finaliza-se a segunda etapa com o terceiro tópico, a argumentar sobre o papel do juiz em sede instrutória. O magistrado, nessa fase, reserva-se à posição de garante, a assegurar a liberdade ao acusado e limitar a pretensão punitiva do Estado. Deve ser disperso a pressões de natureza popular ou política e arraigar-se ao máximo aos fundamentos do sistema acusatório. Nesse ínterim, apresenta-se institutos concernentes à produção de prova no processo penal como o *adversarial system*, no qual o juiz não adota posição ativa quanto à prova, ainda que elas sejam insuficientes, a quedar-se inerte e não buscando a verdade de maneira autônoma, e o *inquisitorial system*, modelo no qual o juiz se destaca em detrimento das partes, empoderando-se da condução do processo e produzindo provas de ofício no curso da ação.

Finalmente, a obra alcança, no último capítulo, os poderes instrutórios do juiz, a expor em minúcias as balizas do órgão julgador tanto em sede investigativa quanto em sede processual. A Lei n.º 11.690/2008 inseriu no Código de Processo Penal a possibilidade de produção de provas pelo juiz, quando consideradas urgentes e relevantes, em sede pré-processual, sob a condição de patente motivação e observância de requisitos – necessidade, adequação e proporcionalidade. Desenvolve-se o clímax do trabalho neste ponto, uma vez que confere-se ao magistrado um poder incompatível com as diretrizes constitucionais – produção de provas *ex officio* ante a ausência do contraditório e da ampla defesa. As regras instituídas em 2008 evidenciaram conflito com a Carta Magna e com o sistema

acusatório, ao ferir o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Inércia de Jurisdição.

Desenvolve-se, a partir deste momento, largo paralelo entre os grandes doutrinadores, a expor manifestações recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, até alcançar-se a iniciativa probatória do juiz durante o curso da ação penal, momento a partir do qual verifica-se a ampla defesa e contraditório. Sob os fundamentos traçados nas três partes do trabalho, encerra-se o encadeamento de ideias ao percorrer sobre as competências do juiz durante a ação penal – após a instauração do respectivo processo –, momento no qual o ordenamento jurídico resguarda as partes direitos até então não observados.

1. JURISDIÇÃO CRIMINAL E DEVIDO PROCESSO LEGAL

1.1 As garantias constitucionais do processo penal

O Direito Processual Penal é instrumento do Poder Judiciário à aplicação de regras e princípios que ditam a persecução penal no direito positivo¹. Essas normas, de natureza formal, devem ser compreendidas sob o ponto de vista democrático, a observar, preliminarmente, a hermenêutica constitucional para, em segundo momento, trabalhar o cerne das disposições infraconstitucionais².

A Constituição Federal de 1988 deve ser observada em primeiro plano, uma vez que se verifica em patamar superior às demais espécies normativas do ordenamento jurídico brasileiro. Outrossim, a lei processual penal jamais poderá ser aplicada de forma isolada e sem o devido respeito aos direitos e garantias individuais tutelados pela Carta Maior, principalmente no que se refere ao direito a liberdade do indivíduo³, bem jurídico este, protegido pelo artigo 5º, “caput” do referido diploma⁴. Nesse sentido, aduz Eugênio Pacelli:

“Para além da mera explicitação dos direitos fundamentais como a verdadeira e legítima fonte de direitos e obrigações, públicas e privadas, que deve orientar a solução dos conflitos sociais, individuais e coletivos, a atual ordem constitucional não deixa margem à dúvidas quanto à necessidade de se vincular a aplicação do Direito e, assim, do Direito Processual Penal, à tutela e à realização dos direitos humanos, postos como fundamentais na ordenação constitucional (arts. 5º, 6º e 7º, CF).⁵”

As garantias constitucionais do processo constituem pedra fundamental do processo criminal garantidor, ao abranger suas diretrizes desde a investigação

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 28.

³ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: < http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf > Acesso em: 22 jul. 2017.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 jul. 2017.

⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37.

penal. Oferece ao sistema jurídico positivo instrumentos de salvaguarda à liberdade individual no tocante à discricionariedade estatal⁶.

Nelas, verificam-se a existência de princípios impreteríveis, fadados a perfazer a tutela dos direitos individuais⁷. Nessa perspectiva, serão estudados os princípios direcionadores da ordem constitucional, os quais guiam o intérprete na elaboração da norma infraconstitucional e orientam o operador do direito na aplicação da lei ao caso concreto⁸.

O Estado Democrático de Direito é consolidado no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal de 1988⁹. Esse artigo demonstra todos os elementos fundantes de um Estado Social e ao mesmo tempo de um Estado Democrático que busca equilibrar os direitos e garantias individuais em face do ente estatal, preocupando-se, sobretudo, com a promoção de igualdade de oportunidades frente as injustiças sociais¹⁰. A Carta Política atual é considerada a mais avançada em relação as constituições anteriores, no que diz respeito a matéria dos direitos individuais e sociais do país¹¹.

Neste diapasão, Alexandre de Moraes manifesta a importância da dignidade da pessoa humana, a qual se apresenta como fonte basilar da República Federativa do Brasil, atribuindo unidade aos direitos e garantias individuais. A dignidade deve fazer parte da própria essência da pessoa, “constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar¹²”. Ressalta-se que a prevalência do fundamento da dignidade da pessoa humana impõe ao Poder Judiciário, na execução de sua função interpretativa, aplicar não somente a “norma mais favorável à proteção aos direitos humanos¹³”, entretanto, também, optar no processo de

⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 15-16.

⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 38.

⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucionais das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 59.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 jul. 2017.

¹⁰ AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.11.

¹¹ JR., SIQUEIRA, Paulo Hamilton. *Direito Processual constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 12.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 12.

hermenêutica pela interpretação que assegurará uma ampla proteção ao indivíduo¹⁴. Neste sentido, José Afonso da Silva considera a dignidade da pessoa humana como o epicentro axiológico da Constituição Federal, a qual atrai a essência dos demais direitos fundamentais do ser humano, a começar pelo direito à vida¹⁵.

O princípio do devido processo legal busca assegurar ao réu um julgamento justo a partir do conjunto de normas éticas a serem seguidas pelo Estado.¹⁶ Rogério Lauria Tucci ensina que um indivíduo não deve ter seus bens privados ou a sua liberdade tolida sem o “devido processo penal”. O inculcado terá direito a prévio processo, em regra, impulsionado por procedimento investigativo anterior, para só então haver possibilidade de o Estado imputar-lhe qualquer sanção penal¹⁷.

Nessa linha, ressalta-se que as garantias que regem o processo penal não são direcionadas aos criminosos, conforme expõe Railda Saraiva, mas visam proteger toda a sociedade, visto que a qualquer pessoa poderá ser imputada a suspeição ou a acusação. Logo, caso não sejam observadas as garantias individuais asseguradas pelo devido processo legal, haverá possibilidade de abusos e arbitrariedades estatais¹⁸.

Tucci ensina, ainda, que existem garantias constitucionais que discorrem sobre o devido processo legal, a averiguar-se, entre elas, o acesso à justiça criminal. Esse aspecto aprecia vertentes técnicas e econômicas, à luz dos incisos LXXIV e LXXVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹⁹, escritos respectivamente da seguinte forma: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos²⁰”; e “São gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 12.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 105.

¹⁶ SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004. p. 93.

¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 66.

¹⁸ SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 69.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2017.

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 69.

cidadania²¹”. O aspecto econômico significa a isenção dos dispêndios necessários para assegurar o direito subjetivo material do sujeito. Não há como arcar com as despesas processuais sem prejudicar o seu sustento e o de seus respectivos entes familiares.

Marco Antônio Marques da Silva entende que a ação e a defesa, direitos constitucionalmente assegurados, devem ser garantidos ao acusado ao mesmo azo a que o órgão acusador detém. Logo, ao acusado deve ser proporcionada a defesa por alguém que porte dos mesmos conhecimentos técnicos e jurídicos do Estado, manifestados nas figuras do magistrado e do *parquet*, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal, o qual arremata o tratamento paritário²². Nessa mesma esteira, anota Fernando da Costa Tourinho Filho:

“[...] Logo, se o imputado somente poderá fazer sua própria defesa quando habilitado profissionalmente, é evidente que, quando a defesa ficar a cargo de outra pessoa, esta também há de estar profissionalmente habilitada para tanto. Caso contrário estará violando o mandamento constitucional que assegura plena defesa aos acusados, e não poderá dizer tenha havido plena defesa quando esta não for confiada a um órgão técnico para se opor ao Ministério Público.²³”

Entretanto, quando o sujeito não detiver os conhecimentos técnico-jurídicos para peticionar em favor da liberdade de ir e vir, mas se sentir apto a impetrar Habeas Corpus, poderá fazê-lo²⁴, conforme dispõe o artigo 654 do Código de Processo Penal²⁵.

A adentrar nos princípios concernentes à atuação do Estado, observa-se, preliminarmente, o princípio constitucional do juiz natural e imparcial. Sua essência é delineada pelo inciso LIII do artigo 5º da Carta de Outubro²⁶, a afastar o juízo ou tribunal de exceção. Garante às partes a indicação prévia de um juiz competente,

²¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 69.

²² SILVA, Marco Antônio da. *Acesso à Justiça Penal e Estado democrático de direito*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 20-21.

²³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol 2. p. 460-461

²⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 94.

²⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 mar. 2017.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2017.

imparcial e em conformidade com as determinações de um Estado Democrático de Direito, a alcançar, sobretudo, a imparcialidade sobre a causa. Não obstante, o princípio do juiz natural não se exaure em si mesmo, havendo, pois, a necessidade de o magistrado afastar toda e qualquer parcialidade quanto as decisões manifestadas sobre a causa.

Dessa forma, a legislação infraconstitucional assegura às partes a defesa quanto a eventual suspeição ou impedimento do juiz²⁷. Importante é destacar a didática observação feita pelo Ministro Celso de Mello sobre o referido cânone, principalmente acerca da abrangência do dispositivo constitucional anteriormente citado²⁸:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS CONTRA MILITAR EM MANOBRA - INOCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM - POSTULADO DO JUIZ NATURAL - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA - INOCORRÊNCIA - DECADÊNCIA - CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE DO AGENTE - PEDIDO DEFERIDO. EXCEPCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, EM TEMPO DE PAZ, TRATANDO-SE DE RÉU CIVIL. - Não se tem por configurada a competência penal da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação delituosa, a eles atribuída, não afetar, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, nos delitos castrenses, os bens jurídicos penalmente tutelados. - O caráter anômalo da jurisdição penal castrense sobre civis, notadamente em tempo de paz. O caso "Ex Parte Milligan" (1866): um precedente histórico valioso. O POSTULADO DO JUIZ NATURAL REPRESENTA GARANTIA CONSTITUCIONAL INDISPONÍVEL, ASSEGURADA A QUALQUER RÉU, EM SEDE DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO QUANDO INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. - O princípio da naturalidade do juízo representa uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e condicionam o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório, notadamente quando exercidas em sede judicial. O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal. - É irrecusável, em nosso sistema de direito constitucional positivo - considerado o princípio do juiz natural - que ninguém poderá ser privado de sua liberdade senão mediante julgamento pela autoridade judiciária competente. Nenhuma pessoa, em consequência,

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 38.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 81963 - RS. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000095068&base=baseAcordados>> Acesso em: 25 jul. 2017.

poderá ser subtraída ao seu juiz natural. A nova Constituição do Brasil, ao proclamar as liberdades públicas - que representam limitações expressivas aos poderes do Estado - consagrou, de modo explícito, o postulado fundamental do juiz natural. O art. 5º, LIII, da Carta Política prescreve que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". **AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA.** - A perseguibilidade do delito de lesões corporais culposas, por iniciativa do Ministério Público, está condicionada à representação da vítima. - A ausência de formalização, dentro do prazo legal, da pertinente representação a que alude o art. 88 da Lei nº 9.099/95 dá ensejo ao reconhecimento da decadência, que constitui, ante a inércia do ofendido, causa extintiva da punibilidade do agente.

(HC 81963, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/06/2002, DJ 28-10-2004 PP-00050 EMENT VOL-02170-01 PP-00153 RTJ VOL-00193-01 PP-00357 RJADCOAS v. 6, n. 63, 2005, p. 558-564)

Dessarte, infere-se que a Carta Magna consagra o princípio aludido como inafastável e indisponível, inclusive ao se tratar de ação instaurada na Justiça Penal Militar. Para além disso, a garantia externada em princípio detém valor universal, a exemplo de sua previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 1948 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas. A norma, prevista em diversos diplomas de diferentes níveis legais hierárquicos, persegue a mesma linha que define ser direito do homem ser julgado por tribunal independente e imparcial não somente quando se tratar de acusação penal, mas sempre quando versar sobre obrigações e direitos do próprio indivíduo²⁹.

O inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal, norma colateral, define a proibição dos tribunais e juízos exceção. Rogério Lauria Tucci ressalta que os juízos especiais jamais poderão ser confundidos com os juízos de exceção, visto que aqueles são organizados quanto a natureza criminal da causa, e apenas a Carta Política poderá subtrair previamente da competência dos órgãos da Justiça Comum o julgamento de determinadas causas criminais³⁰. Paralelamente, José Frederico Marques entende que a competência da justiça comum para analisar e julgar delitos é residual, ou seja, aquilo que não for de competência da justiça eleitoral ou da justiça militar competirá aos órgãos da justiça comum³¹.

²⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1997. vol.1. p. 227-229.

³⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 106.

³¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. vol.1. p. 234.

A motivação dos atos judiciais, expressa no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, é vista como garantia da própria jurisdição. Consoante Antônio Scarance Fernandes, sustenta que esse princípio não apresenta-se apenas como uma visão técnica do processo, isto é, não objetiva somente informar aos litigantes e às instâncias superiores acerca da motivação da decisão, a fim de que propicie o contraditório. Entrementes, o princípio em comento tem a pretensão também de cientificar a sociedade, que por meio desta informação poderá averiguar se o magistrado decidiu de forma imparcial e com o devido conhecimento sobre a causa que esteve sob a sua responsabilidade³². Logo, o princípio aludido está intimamente ligado ao princípio da publicidade, ambos representam a segurança jurídica do processo penal. O princípio da publicidade possui previsão nos incisos LX e XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988³³. A norma supracitada determina que jamais haverá sigilo para ambas partes, isto é, o juiz não poderá suprimir as informações processuais ao órgão acusador ou ao órgão de defesa. Guilherme de Souza Nucci ramifica a publicidade em geral e específica:

Por isso, vale sustentar a divisão entre *publicidade geral* e *publicidade específica*. A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa, conforme previsão do artigo 792 do Código de Processo Penal³⁴. A segunda situação é o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor, de acordo com o §1 do artigo 792 do Código de Processo Penal³⁵. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica³⁶.

Depreende-se, conforme o exposto, que o adequado preparo dos atores envolvidos na persecução penal afasta ao máximo a incorrência de erros por parte do Estado. Esse amoldamento, fruto das garantias constitucionais, carrega, em seu

³² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.126.

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 mar. 2017.

³⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 30 jul. 2017.

³⁵ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 30 jul. 2017.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 41.

bojo, valores éticos e progressistas a objetivar a construção de uma sociedade justa em sua aplicação prática³⁷.

Sobressalta-se, por fim, que há garantias constitucionais concernentes ao direito a prova no processo penal que serão tratados no capítulo posterior. São elas: a presunção de não culpabilidade; o princípio do contraditório e da ampla defesa; o princípio da identidade física do juiz; o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento e o princípio da verdade real.

1.2 Processo penal brasileiro e o modelo acusatório

James Goldschmidt ensina que a estrutura do processo penal funciona como um termômetro dos fundamentos democráticos ou autoritários de uma constituição. Dessa maneira, as regras constitucionais e os princípios vigentes no ordenamento jurídico de um país ditam a política processual da sociedade. A prevalência de um princípio em detrimento de outro delinea a história do processo³⁸.

A publicação do Código de Processo Penal – CPP – ocorrera mediante o Decreto-Lei nº 3.869, de 03 de outubro de 1941, sob a égide de ideais autoritários e em um contexto de política extremamente centralizadora, influenciada pelo regime fascista europeu³⁹. Com o nascimento da Constituição Federal de 1988 e a consequente ampliação dos direitos e garantias individuais, há uma maior proteção em relação ao sujeito de direito em face do Estado⁴⁰.

Antes do advento da atual Carta Política, o Código de Processo Penal respaldava-se no “princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente⁴¹”. A nova ordem constitucional, por outro lado, preocupou-se em ampliar o rol de direitos e garantias fundamentais, além de exprimir de modo enfático o princípio da não

³⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 16.

³⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 71.

³⁹ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A emendatio libelli e a mutatio libelli na reforma do Código de Processo Penal*. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 44, p.11-19, jan./mar.2009. p.12. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1123/1222>> Acesso em: 23 mar. 2018.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 85-93.

⁴¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 08.

culpabilidade – enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, ninguém poderá ser considerado culpado⁴².

Segundo Aury Lopes Júnior, o modelo acusatório é totalmente antagônico à prática de atos instrutórios a serem realizados pelo juiz, visto que esse sistema objetiva manter o juiz como terceiro imparcial no processo. O magistrado deve ser passivo tanto em relação ao processo investigatório quanto a iniciativa probatória. O autor ainda arremata que, conforme o sistema acusatório, as funções de acusação, julgamento e defesa devem ser atribuídas a órgãos diferentes⁴³.

Sobre o sistema acusatório complementa Gilberto Thums:

“Pode-se designar o sistema acusatório como um complexo de normas e princípios ordenadamente dispostos a partir de um princípio basilar, que é o princípio acusatório. Baseia-se na divisão de tarefas na persecução penal, apresentando um acusador, um defensor e um órgão julgador. Todos independentes e com clara definição de seus papéis, estando as partes em posição de igualdade.”⁴⁴

Portanto, nesse sistema vigora a organização de uma relação processual ditada pelo *actum trium personarum*, a haver três personagens distintos: um órgão julgador imparcial, responsável pela correta aplicação da lei; o autor da ação penal; e o réu, a atuar todos em pé de igualdade⁴⁵. Nessa perspectiva, o Estado fornece os mesmos direitos e poderes aos litigantes⁴⁶. Paulo Rangel descreve didaticamente as principais características do sistema acusatório:

- “a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender com três personagens distintos: autor, juiz e réu (*ne procedat iudex ex officio*);
- b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX da CRFB c/c art. 792, §1, c/c art. 481, ambos do CPP);
- c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;
- d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os

⁴² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p.08.

⁴³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.43-44.

⁴⁴ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.237.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabrinni. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.21.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1. p.66.

autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com a redação da Lei nº 11.690/2008 c/c art. 93, IX, da CRFB)

e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. Art. 370 do CPC)⁴⁷.”

Ademais, a problemática enfrentada pela doutrina processual penalista reside em definir qual o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, tendo em vista que alguns dispositivos da Lei Penal contrariam os mandamentos constitucionais. Isso porque o Código de Processo Penal foi promulgado quarenta e sete anos antes da Carta da República, sob a influência dos ditames autoritários do Estado Novo⁴⁸. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho assevera que o Código de Processo Penal de 1941 consiste em cópia do *Codice Rocco* de 1930, o qual vigorava na Itália fascista, que tem por essência natureza inquisitorial⁴⁹.

Aury Lopes Júnior afirma que o sistema adotado pelo Código de Processo Penal é substancialmente inquisitorial. A partir do momento em que o Diploma atribui poderes instrutórios ao juiz, passa a permitir a decretação da prisão de ofício na fase investigativa sem o requerimento da parte adversa, bem como afasta a observância do contraditório por parte do prejudicado. Há, pois, rompimento com a estrutura dialética do processo⁵⁰.

Noutro giro, Guilherme de Souza Nucci⁵¹, Rogério Lauria Tucci⁵² e Geraldo Prado⁵³, sustentam que o sistema penal brasileiro é misto, pois apesar de a Carta Política adotar princípios processuais penais que delineam o sistema acusatório, não se observa um sistema de persecução penal guiado pelos moldes constitucionais. Verifica-se certo hibridismo entre o CPP e a Constituição, pois enquanto aquele

⁴⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p.48-49.

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. vol.1. p.112.

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 109-110.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 47-48.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27.

⁵² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 47.

⁵³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucionais das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 171.

detém natureza inquisitorial, este emana princípios concernente ao Estado Democrático de Direito, a vazar no sistema acusatório⁵⁴.

O pressuposto de todas as elementares do sistema acusatório é indiscutivelmente a separação entre acusação e juiz⁵⁵. Dessarte, embora a Constituição não diga, de maneira expressa, o sistema adotado, a Carta assegura privativamente ao *parquet* a propositura da ação penal pública. Ao suposto acusado é garantido, assim, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a apreciação da lide por um juiz competente e imparcial e a publicidade dos atos processuais. Esses elementos são caracterizadores do sistema acusatório no processo penal⁵⁶.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal confirma a adoção do modelo acusatório pelo direito brasileiro, a ter em vista a sistemática da Constituição Federal⁵⁷:

Ementa: Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. **A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.** Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 73-74.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 454.

⁵⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucionais das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 171.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 5104 MC/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000251102&base=b aseAcordaos>> Acesso em: 04 ago. 2017.

mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexisteria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*.

(ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) (grifo nosso)

Malgrado persista a dificuldade doutrinária em definir o sistema processual vigente, a Constituição Federal de 1988 e o entendimento pacífico do STF e dos demais Tribunais⁵⁸ concluem que o sistema acusatório (cf. art. 129, I da CRFB⁵⁹) é o que vige no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez entregue de maneira privativa ao Ministério Público a propositura da ação penal pública e em alguns casos excepcionais, ao particular. Ademais, não há a figura do juiz instrutor, visto que o procedimento investigatório criminal é presidido pela autoridade policial. Apesar de o inquérito policial se pautar na imperatividade, na inquisitividade e ter como característica o sigilo, as garantias constitucionais são conferidas ao acusado a partir da instauração da ação penal, momento em que o processo se torna público⁶⁰. Pacelli ainda complementa que, no decorrer dos anos, algumas mudanças foram

⁵⁸ O Superior Tribunal de Justiça no HC 347.748/AP reconheceu grave violação ao sistema acusatório, uma vez que, o reconhecimento da inépcia pelo Tribunal de origem deve gerar de pronto o trancamento da ação penal. Não sendo admissível, portanto, a determinação do aditamento da denúncia de ofício pelo órgão julgador. Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. HC 347748/ AP. Quinta Turma. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62308902&num_registro=201600192500&data=20161010&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 12 ago. 2017.

⁵⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 ago. 2017.

⁶⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. Atlas, 2016. p. 49.

feitas no Código de Processo Penal com intuito de ratificar o sistema acusatório e promover a adequação das normas e princípios contidos na Carta Política⁶¹.

1.3 Traços do modelo inquisitivo no processo penal brasileiro

O modelo inquisitório nasceu em Roma, sob a égide dos regimes monárquicos. Mais tarde, fora introduzido e aperfeiçoado pelo Direito Canônico, espalhando-se por toda a Europa continental⁶². O apogeu do modelo inquisitório ocorreu no século XIII, quando instituído o *Tribunal da Inquisição*, a fim de tornar a Igreja Católica hegemônica e reprimir toda e qualquer ação contrária aos mandamentos da Igreja⁶³.

O sistema inquisitivo surge após o sistema acusatório privado, com o intuito de não atribuir aos particulares a incumbência de acusar. O particular detinha a função de iniciar a persecução penal e, por vezes, valiam-se do instituto da acusação ao seu livre arbítrio, ocasionando sentimento de impunidade no meio social⁶⁴.

Diante desse cenário, o Estado encarregou-se de reprimir qualquer conduta delitiva, retirando das mãos do particular a iniciativa persecutória e concentrando no órgão judicante as funções de acusar, defender e julgar⁶⁵. Outrossim, a natureza inquisitorial do processo não sustenta o *actum tirum personarum*, a representar quebra com a estrutura dialética do processo e a inibir o contraditório⁶⁶.

Por conseguinte, não faz sentido falar em partes processuais, porquanto ao acusado não era propiciado a ampla defesa e o contraditório em virtude da ausência de contraposição entre defesa e acusação. Dessarte, o inculcado não era

⁶¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 10.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol.1. p. 122.

⁶³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 64.

⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p.46.

⁶⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p.46.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 66.

considerado sujeito de direitos, mas sim mero objeto de verificação perante o órgão inquisidor, detentor do poder de acusar e julgar⁶⁷.

No tocante a fase instrutória, cabia ao magistrado recolher as provas *ex officio* e, como regra, o acusado permanecia preso durante todo o processo⁶⁸. No sistema de provas tarifadas, a confissão era a rainha das provas, e o principal objetivo do processo criminal era alcançar a verdade material. Assim, era comum a prática da tortura para obter a confissão do acusado⁶⁹.

De maneira sintética, Paulo Rangel aponta as principais características do sistema inquisitivo⁷⁰:

- “a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
- b) processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;
- c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;
- d) o sistema de provas é o de prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.”

Outra característica fundamental do sistema supramencionado era a ausência da coisa julgada. O órgão inquisidor poucas vezes declarava, em sua decisão absolutória, o estado de inocência do réu. Ao invés disso, preferia alegar que nada fora provado contra ele, a possibilitar a reabertura do caso pelo Poder Judiciário a qualquer instante. Logo, o acusado poderia ser punido sem o óbice da coisa julgada⁷¹.

No final do século XVIII e começo do XIX, os ideais iluministas e os movimentos filosóficos fizeram ruir o sistema inquisitório. As novas concepções de

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 23.

⁶⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 66-67.

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 104-105.

⁷⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p.46.

⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67.

valorização do homem influenciaram o processo penal e repeliram gradualmente as características do sistema estudado⁷².

Na atualidade, alguns traços do modelo inquisitivo são encontrados no sistema processualista brasileiro. Esses vestígios afrontam o sistema acusatório, pilar do Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, violam os ditames constitucionais, sobretudo a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e do direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV).

Como já visto no tópico anterior, referente ao sistema acusatório, a separação da atividade julgadora e acusadora são essenciais para a formação do sistema⁷³, observado que o acúmulo das funções de acusar e julgar em um mesmo órgão implicam na perda da imparcialidade do magistrado⁷⁴. Ademais, a base de um processo penal democrático situa o magistrado na condição de prestador da jurisdição e não o coloca na condição de investigador⁷⁵.

Entretanto, ineficaz é a nítida separação inicial, que confere ao *parquet* a prerrogativa de intentar a acusação e, posteriormente, viabilizar ao magistrado o desempenho de atos inerentes ao órgão acusador. A exemplo disso, o inciso II do artigo 5º do CPP⁷⁶ permite a intervenção do magistrado nos trabalhos de investigação, a fim de buscar provas para a construção da *opinio delicti* do órgão acusador⁷⁷. O risco de a autoridade judiciária realizar atos de investigação é a possível valoração desses na sentença, a torná-los atos de provas, sem a anterior produção em juízo⁷⁸.

Nessa esteira, Geraldo Prado complementa:

⁷² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 67.

⁷³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 117.

⁷⁵ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 262-263.

⁷⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017

⁷⁷ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 262.

⁷⁸ LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* – 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2013. p.152.

“Em um sistema acusatório, ainda que nesta hipótese reduzido a sua expressão mais pura, a do princípio acusatório, a intervenção judicial, voltada ao controle da realização das investigações básicas para a deflagração da ação penal, é algo completamente anômalo, a ser expurgado do ordenamento jurídico, sob pena de violação das regras básicas pertinentes à distribuição de funções, com a garantia da imparcialidade do seu julgador⁷⁹.”

Por outro lado, Ada Pellegrini defende o papel ativo na busca de provas cautelares em sede de investigação criminal, sob a condição do juiz da investigação prévia não ser o mesmo a presidir o processo⁸⁰. Tendo em vista que algumas medidas acabam por limitar direitos fundamentais do acusado (ex. busca e apreensão; quebra de sigilo bancário) e cabe somente ao magistrado a salvaguarda deles⁸¹.

Aury Lopes Júnior cita, ainda, outros atos que ressaltam a matriz inquisitória no processo penal brasileiro, como a decretação da prisão preventiva de ofício (art. 310); a oitiva de testemunhas além das designadas (art. 209); a condenação do réu ainda que o Ministério Público requeira a absolvição (art. 385), bem como, a determinação do interrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196)⁸². Todos esses atos instrutórios a serem realizados *ex officio* pelo magistrado colocam em risco o princípio da imparcialidade da jurisdição, seja para condenar, seja para absolver⁸³.

Portanto, precipuamente, o recolhimento de material probatório e as solicitações devem ficar a cargo daqueles que possuem interesses distintos no processo, ou seja, às partes⁸⁴. Em face do exposto, os poderes instrutórios concedido ao magistrado, em sede processual, possuem natureza suplementar e devem ser utilizados com cautela, a admitir a requisição judicial de maneira justificada e apenas para sanar dúvida de ponto relevante da demanda. Ressalta-se, inclusive, que a iniciativa do magistrado não poderia ocorrer antes de esgotada a

⁷⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucionais das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 203.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 25 ago. 2017.

⁸¹ LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* – 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 148.

⁸² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 72.

⁸³ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 260.

⁸⁴ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 261-262.

atividade pelas partes⁸⁵. Desse modo, não haveria incompatibilidade com a lógica acusatória adotada pela Carta Política.

⁸⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 160-161.

2. DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1. Princípios concernentes a prova no processo penal

No primeiro capítulo do trabalho, relatou-se que as normas do processo penal e de todos os demais diplomas legislativos devem ser interpretados à luz dos ditames constitucionais. Desse modo, os princípios fundamentais orientam, direcionam e estruturam o sistema processual penal⁸⁶.

A Constituição da República Federativa do Brasil deve ser examinada de maneira primordial, porquanto se verifica em patamar superior às demais espécies normativas do ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, limita e controla o poder Estatal no exercício de sua pretensão punitiva⁸⁷.

Na seara dos princípios referentes a prova no processo penal, destaca-se o princípio da ampla defesa, explícito no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, e o princípio da plenitude de defesa, transcrito na alínea “a” do inciso XXXVIII do artigo 5º da Carta Magna⁸⁸. Este está presente nos crimes de competência do Tribunal do Júri, uma vez que o réu será julgado por pessoas leigas, as quais não fundamentam suas decisões. Dessarte, deve ser assegurado ao réu todos os meios de defesa possíveis, a incluir argumentos não jurídicos⁸⁹. Aquele, por sua vez, proporciona ao acusado institutos não oferecidos à acusação, como a revisão criminal e a possibilidade de desconstituição do advogado do réu por parte do magistrado, uma vez verificada deficiência na defesa, a conferir-lhe maiores possibilidades de provar sua não culpabilidade ao Estado-Juiz⁹⁰.

A ampla defesa subdivide-se em defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica deve ser exercida por profissional da advocacia e é um direito indisponível

⁸⁶ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 167.

⁸⁷ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: < http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf >. Acesso em: 22 jul. 2017.

⁸⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 mar. 2017.

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.36.

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.34.

do inculcado⁹¹, porquanto este não possui conhecimentos técnico-jurídicos suficientes a ponto de resistir a pretensão punitiva Estatal⁹². Dessa forma, caso o réu persista em não habilitar advogado para a sua defesa e ainda que seja revel, o juiz tem o dever de providenciar um defensor⁹³, nos termos do artigo 261 do Código de Processo Penal⁹⁴.

Ante ao exposto, se o processo tiver curso sem a presença de defensor, deverá ser declarado nulo por não observância à regra constitucional da ampla defesa⁹⁵, a revelar-se como nulidade absoluta, nos termos da alínea “c” do inciso III do artigo 564 do CPP⁹⁶. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal enunciou a súmula nº 708: “É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro⁹⁷”.

A defesa técnica, além de indeclinável e fundamental, precisa ser plena e efetiva. Não basta garantir a presença formal do advogado, deve-se assegurar ao réu efetiva participação do defensor. Assim, nada adiantaria a presença de um defensor desinteressado, que não se preocupasse com o arrolamento de testemunhas, com o oferecimento de memoriais, ou que os apresenta sem abordar teses providas de respaldo legal, a provocar ofensa a garantia constitucional da ampla defesa. Portanto, cabe ao juiz e ao Ministério Público fiscalizar a atuação do defensor a evitar qualquer nulidade absoluta⁹⁸. Nesse sentido, dispõe a Súmula nº

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 24-25.

⁹² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99.

⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 24-25.

⁹⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017

⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 25.

⁹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017

⁹⁷ No HC nº 94.282/GO, o STF decidiu o julgamento do recurso de apelação realizada sem que o paciente tivesse defensor constituído incorre em nulidade. O advogado constituído renunciou aos poderes que lhe foram concedidos logo após a apresentação das razões de apelação, e o juiz não intimou o réu para constituir um novo defensor inobservando a Súmula nº 708 do STF. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 94.282- GO. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03 de março de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589319>> Acesso em: 04 ago. 2017.

⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 30.

523 do STF⁹⁹: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só a anulará se houver prejuízo para o réu”.

Decorre da ampla defesa a garantia constitucional da autodefesa. Este instituto poderá ser dispensado pelo réu, pois cabe a ele o juízo de conveniência e oportunidade no exercício do direito¹⁰⁰. Ao acusado não é obrigatório o comparecimento para interrogatório ou realização de atos processuais¹⁰¹.

A autodefesa consiste, logo, no direito de audiência, no direito de postular pessoalmente (sem intermédio de advogado) e no direito de presença¹⁰².

O direito de audiência se manifesta quando o acusado é interrogado pessoalmente pelo juiz. O interrogatório apresenta-se como ato renunciável ao imputado, logo ele não tem a obrigação de comparecimento. Porém, caso se verifique presente, em decorrência do direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal¹⁰³), não estará obrigado a responder as perguntas à autoridade judiciária¹⁰⁴.

No que tange ao direito de presença, ao acusado é assegurado o acompanhamento dos atos da instrução processual, juntamente ao seu defensor, a fim de auxiliar a defesa¹⁰⁵.

Por fim, em alguns momentos específicos, a Constituição Federal e a legislação ordinária conferem ao acusado o direito de postular de forma autônoma, sem a necessidade da presença de seu defensor. Dessarte, o acusado poderá interpor recursos (art. 577, “caput” do CPP¹⁰⁶), impetrar “Habeas Corpus” (art. 654,

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 523*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>> Acesso em: 03 set. 2017.

¹⁰⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas 2017. p. 47-48.

¹⁰¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 263.

¹⁰² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 263.

¹⁰³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 set. 2017.

¹⁰⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

¹⁰⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 264.

¹⁰⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017.

“caput” do CPP¹⁰⁷) e ainda elaborar pedidos concernentes à execução da pena (art. 195, “caput” da Lei de Execuções Penais¹⁰⁸)¹⁰⁹.

Corolário da própria relação processual, surge o princípio do contraditório, com característica simétrica, direcionado e garantido à ambas partes no processo penal. Expressamente previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹¹⁰, o cânone designa que as afirmações de fato e a exteriorização de provas no processo abrem caminho à outra parte a se manifestar nos autos processuais, a manter a persecução penal em seu estado de equilíbrio¹¹¹.

Pelo fato de o litígio possuir interesses conflitantes, de modo bilateral, o processo obtém caráter dialético¹¹². Dessa forma, o contraditório deve prezar pela igualdade processual, a ser entendido por dois aspectos: o primeiro, traduz-se no direito a informação (conhecimento); o segundo, reduz-se a participação efetiva e igualitária das partes no processo¹¹³. Isto é, assegura-se aos litigantes a possibilidade de produzir provas e interferir no conjunto probatório produzido pela parte contrária.

A presunção de não culpabilidade fora idealizada inicialmente na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão no ano de 1789¹¹⁴. No ordenamento jurídico brasileiro, antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a presunção de não culpabilidade consistia em simples decorrência da garantia do devido processo legal, de forma implícita¹¹⁵. Com o advento da Carta Política de 1988, o princípio da presunção de não culpabilidade foi expressamente previsto no

¹⁰⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁰⁸ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 03 set. 2017.

¹⁰⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 37.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 02 set. 2017.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.38.

¹¹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000. vol 1. p. 87.

¹¹³ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 99.

¹¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 321-322.

¹¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 11.

inciso LVII do artigo 5º¹¹⁶, *in verbis*: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

O direito à não consideração prévia de culpabilidade reside em assegurar ao imputado o direito de não ser declarado culpado até que haja o trânsito em julgado da sentença condenatória¹¹⁷. A Carta Política estabelece que somente a decisão condenatória definitiva afastará a condição inicial de inocência que todas as pessoas gozam¹¹⁸.

Ainda sobre o princípio supramencionado, vedada é a antecipação do juízo condenatório de modo a restringir a liberdade do réu antes da condenação tornar-se irreversível. Todavia, apesar de a regra estabelecer que o acusado deverá submeter-se a persecução penal em liberdade, poderá, de maneira excepcional, ser admitida a privação da liberdade do imputado a título de medida cautelar, desde que existente todos os pressupostos legais e mediante fundamentação do magistrado¹¹⁹.

Ausente da seara constitucional e a apresentar características meramente processuais penais, surge o princípio da busca da verdade real, concernente à relação processual criminal. Em primeiro momento, deve-se esclarecer que a verdade no processo penal é relativa, pois os autos processuais não possuirão força a realizar fato gerador com o exato delineamento dos fatos ocorridos no crime. Depreende-se, assim, que ao magistrado é afastada a possibilidade de alcance à chamada verdade objetiva, a qual retrata fielmente o ocorrido em plano real¹²⁰. Em vista disso, Guilherme de Souza Nucci leciona sobre a verdade real:

“Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, pela qual o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraíndo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja coautor na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal

¹¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

¹¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 321.

¹¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 11.

¹¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 15.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 56.

de preceitos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo¹²¹.”

Tem-se, portanto, que a verdade no processo criminal constitui mera noção ideológica dos fatos, a determinar, inclusive, que o juiz atue ativamente, de ofício, na produção de provas como genuíno copartícipe no alcance de evidências. Cria-se, assim, larga distinção entre o juiz que atua em matéria cível daquele que envolvido em disciplina processual penal. O primeiro realiza seu trabalho com notória despreocupação quanto à instrução probatória, a aguardar as manifestações das partes. O segundo, mesmo no caso de o acusado confirmar a denúncia, deverá determinar a produção probatória do feito, a afastar toda e qualquer possibilidade de violação a liberdade de um indivíduo inocente, a qual possui natureza de um direito fundamental e indisponível ao homem¹²².

O direito contemporâneo apresenta divergência quanto à natureza probatória. Ao passo que o processo civil, amparado pela reforma de 2015, permite uma certeza alcançada pela mera ausência de impugnação dos fatos formulados na petição inicial o que enseja na chamada verdade formal, uma vez que decorre da simples presunção legal. Em contrapartida, no processo penal brasileiro é inadmissível tal instituto, uma vez que este clama pela materialização probatória, isto é, percorre seu caminho à luz da verdade material¹²³.

Ressalta-se que a busca pela verdade material não traduz ausência de limites para a produção de provas no processo criminal. Não poderá ser realizada de maneira indiscriminada, mas devem manifestar-se, partes e juiz, conforme as permissões e vedações instituídas em âmbito constitucional e legal, como, por exemplo, a exigibilidade de autorização judicial para a produção de interceptação telefônica¹²⁴.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 57.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 58.

¹²³ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 338.

¹²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 58.

Paralelamente, surge o inovador princípio da identidade física do juiz, introduzido pela Lei nº 11.719/08 ao §2º do artigo 399 do Código de Processo Penal. Sua importância realça a formação do convencimento judicial a partir da juntada de provas e depoimentos do acusado, do órgão acusador ou mesmo de testemunhas¹²⁵. A norma em tela determina, pois, que o juiz da instrução seja o mesmo a proferir a sentença, a prestigiar a persuasão racional e o livre convencimento motivado, uma vez considerado elo entre prova e sentença para a construção da asseveração do juiz¹²⁶. Eis a literalidade do dispositivo em tela:

“Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

[...];

§2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença¹²⁷.”

O juiz detém plena liberdade na formação de seu convencimento à valoração das provas, a optar, sem qualquer restrição, por qualquer delas em suas fundamentações. O livre convencimento motivado é o instituto que conduz o julgamento e, por fim, aprecia o conjunto probatório indexado aos autos. Por óbvio, tal regra é excepcionada nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri, porquanto aos jurados cabe assentamento de suas respostas, restando aquela tão somente às decisões do juiz singular.

O magistrado, em vista das provas presentes nos autos do processo, poderá apreciá-las livremente, desde que motive a sua decisão¹²⁸. Não lhe é permitido decidir em conformidade com provas que não estão presentes nos autos, porquanto as partes possuem o direito subjetivo de compreender as razões de decidir do órgão julgador. Caso se entenda necessário, exercer-se-á o direito ao duplo grau de jurisdição¹²⁹.

Por fim, o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento enuncia que a fundamentação da decisão judicial deverá estar em conformidade com as

¹²⁵ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 332.

¹²⁶ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 332.

¹²⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

¹²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1. p. 67.

¹²⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p. 520.

provas produzidas em contraditório judicial. Apoiar-se em provas colhidas na fase pré-processual e que não foram renovadas em sede judicial seria descumprir com o mandamento constitucional do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal¹³⁰. Dessa forma, o *caput* do artigo 155 do Código de Processo Penal¹³¹, com redação definida pela Lei n. 11.690/2008, não hesitou em desautorizar o juiz a edificar sua convicção meramente em provas produzidas em fase pré-processual, a notar-se a ínfima força de produção de provas de ofício na sede investigatória¹³².

2.2. Repartição do ônus da prova

O *onus probandi* é encargo pelo qual os litigantes provam a verdade dos fatos por meios legalmente aceitáveis. O acusado tem a obrigação de se defender e o ônus de produzir provas. Dessa forma, há evidente diferença entre o instituto da obrigação e o do ônus¹³³. Assim, explana Adalberto Aranha:

“A obrigação é a de ser defendido, sob pena da sanção correspondente que é a nulidade, entendida como a prática de atos defensórios necessários, como a presença às audiências, acompanhamento das provas, alegações finais, etc.

A produção de prova é apenas um ônus, e, como tal, quem não a realiza de forma alguma viola o princípio da obrigatoriedade de defesa.

Defender-se ou ser defendido é obrigação processual; produzir a prova é apenas um ônus.

Daí por que não constitui nulidade por ausência da obrigatoriedade do exercício do direito de defesa a não-produção de provas¹³⁴.”

Dessarte, o *onus probandi* equivale a faculdade de os litigantes produzirem provas acerca das afirmações de fatos de cunho relevante para o processo, cujo exercício poderá lhes acarretar vantagem ou evitar a ocorrência de prejuízos¹³⁵. De

¹³⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

¹³¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 10 set. 2017.

¹³² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 349.

¹³³ ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8-9.

¹³⁴ ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.

¹³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012. p. 292.

modo consequente, o ônus da prova não pode ser considerado dever cuja omissão possa constituir pena, uma vez que aquele que alegar e não comprovar a veracidade da alegação não estará sujeito a qualquer sanção. Todavia, estará suscetível a prejuízos decorrentes dessa omissão¹³⁶.

Adalberto Aranha ensina que cabe ao órgão acusador provar os fatos alegados de forma a demonstrar a existência do fato ilícito, a autoria do denunciado, a relação de causalidade e a culpa (*strictu sensu*), sendo o dolo presumido. Logo, em se tratando de crime culposos, o promotor de justiça deverá demonstrar se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia. No que se refere a defesa, cabe o ônus probatório dos fatos extintivos (ex. prescrição, decadência), impeditivos (ex. exclusão da vontade) e modificativos (exclusão da antijuridicidade, causas supralegais) do direito do autor do fato.¹³⁷

No entanto, ressalta-se que em razão da garantia constitucional da presunção de não culpabilidade o ônus da comprovação dos fatos alegados compete de forma exclusiva à acusação. Desse modo, caso esta não consiga atender a referida incumbência, assumirá as negativas consequências de seu ato, e a dúvida será dirimida em favor do réu (*in dubio pro reu*)¹³⁸.

Nesse mesmo diapasão, decidiu o STF, *in verbis*¹³⁹:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a

¹³⁶ BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 153.

¹³⁷ ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 14-15.

¹³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, nov. 1994. p. 3.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 84580-1/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpup/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602611>> Acesso em: 12 out. 2017.

natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societário", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. - O ordenamento positivo brasileiro - cujos fundamentos repousam, dentre outros expressivos vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, no postulado essencial do direito penal da culpa e no princípio constitucional do "due process of law" (com todos os consectários que dele resultam) - repudia as imputações criminais genéricas e não tolera, porque ineptas, as acusações que não individualizam nem especificam, de maneira concreta, a conduta penal atribuída ao denunciado. Precedentes. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO PENAL TEM O DIREITO DE NÃO SER ACUSADA COM BASE EM DENÚNCIA INEPTA. - A denúncia deve conter a exposição do fato delituoso, descrito em toda a sua essência e narrado com todas as suas circunstâncias fundamentais. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura, ao réu, o exercício, em plenitude, do direito de defesa. Denúncia que deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada agente aos eventos delituosos qualifica-se como denúncia inepta. Precedentes. DELITOS CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO DESCREVE, QUANTO AOS DIRETORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, QUALQUER CONDOTA ESPECÍFICA QUE OS VINCULE, CONCRETAMENTE, AOS EVENTOS DELITUOSOS - INÉPCIA DA DENÚNCIA. - A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório. - A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal. - Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva. Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa ("nullum crimen sine culpa"), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do "versari in re illicita", banida do domínio do direito penal da culpa. Precedentes. **AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA.** - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado

momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais ("essentialia delicti") que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.

(HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513) (grifo nosso)

Por outro lado, Gustavo Badaró ensina que a regra de distribuição do ônus da prova está a perder cada vez mais sua importância. O princípio da comunhão da prova permite ao juiz, no momento do julgamento, levar em consideração todos os elementos probatórios indexados aos autos. Assim, uma vez provado o fato, pouco interessa qual parte levou para os autos o meio de prova que propiciou o convencimento do magistrado¹⁴⁰.

Ante o exposto, no momento de proferir a sentença, a autoridade judiciária considerará todas as provas que existem nos autos. Uma prova produzida por uma parte poderá ser utilizada em favor do outro litigante¹⁴¹. Logo, se a testemunha de defesa apresentar um depoimento de modo a favorecer o acusado, o defensor deste deverá desfrutar da prova como argumento para a sua salvaguarda, pois o defensor tem o dever de aproveitar tudo aquilo que for benéfico ao seu cliente¹⁴².

Ademais, se uma das partes abstém-se de produzir provas que comprovem sua pretensão ou resistência, ainda será possível que a lide seja julgada em seu

¹⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 185-187.

¹⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 185-187.

¹⁴² BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 155.

benefício, pois o fato poderá ser comprovado pela prova produzida *ex officio* pelo juiz da causa. Entretanto, destaca-se que a produção de provas deve ser utilizada como último recurso do juiz, mediante justificação e perante uma dúvida relevante para a elucidação de fatos no processo¹⁴³.

Desse modo, caso o autor da demanda não exerça seu direito de comprovar o fato – ou não o tenha realizado com êxito – e a prova produzida pelo magistrado comprová-lo, provavelmente o pedido da acusação virá a ser procedente. Em contrapartida, caso o réu não demonstre fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor da demanda e em decorrência de determinação judicial a alegação de o demandado restar comprovada, a possibilidade de condenação do acusado restará afastada¹⁴⁴.

2.3. O papel do juiz na fase instrutória

O juiz criminal, durante a persecução penal, adota uma posição de garante quanto ao princípio do devido processo legal, a observar todas as demais normas principiológicas e constitucionais que dele se desdobram, de modo a assegurar a tutela da liberdade do acusado e limitar o exercício da pretensão punitiva do Estado¹⁴⁵.

Nesse sentido explana Aury Lopes Jr.:

“A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Contudo, a independência não significa uma liberdade plena (arbitrária), pois sua decisão está limitada pela prova produzida no processo, com plena observância das garantias fundamentais (entre elas a vedação da prova ilícita) e devidamente fundamentada

¹⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 186.

¹⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 186.

¹⁴⁵ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: < http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf > Acesso em: 29 out. 2017.

(motivação enquanto fator legitimante do poder). Não significa possibilidade de *decisionismo*¹⁴⁶.”

Portanto, o termo “independência” se concretiza quando o juiz está alheio a qualquer pressão de cunho político, midiático ou popular. O juiz não é sujeito representativo, contrariamente ao que ocorre nos outros dois poderes – Executivo e Legislativo. Nesse contexto, o papel do magistrado é operar como garante da eficácia do conjunto de normas que dizem respeito aos direitos e às garantias fundamentais do acusado no processo penal¹⁴⁷.

Conforme examinado no primeiro capítulo do presente trabalho, o sistema acusatório (cf. art. 129, I da CRFB¹⁴⁸) é o que vige no ordenamento jurídico brasileiro. Esse sistema entrega de maneira privativa ao Ministério Público a propositura da ação penal pública e, em alguns casos excepcionais, ao particular¹⁴⁹.

Logo, a separação de poderes promovida pelo sistema de índole acusatória resguarda o atributo da imparcialidade do juiz. Ora, se o magistrado não promove a acusação, livre estará para examiná-la. Entretanto, importante ressaltar que a separação de poderes no processo (acusar, defender, julgar) não é incompatível com a possibilidade de atribuir ao juiz poderes instrutórios¹⁵⁰.

Os poderes instrutórios das partes e do magistrado no processo serão definidos a partir do acolhimento de um dos dois sistemas – *adversarial system* ou *inquisitorial system*¹⁵¹. O sistema acusatório pode adotar tanto o *adversarial* quanto o *inquisitorial*. Destaca-se que não há qualquer similitude entre o modelo inquisitivo e o *inquisitorial system*, assim como também não há nenhuma identidade entre o modelo acusatório e o *adversarial system*¹⁵².

¹⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.61.

¹⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.61.

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 ago. 2017.

¹⁴⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p. 49.

¹⁵⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 155.

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15-23, jan./jun. 2005. p. 16

¹⁵² BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: < <http://www.tre->

No *adversarial system*, a produção de provas durante a persecução penal verifica-se sob a responsabilidade das partes. Nesse sistema, o magistrado não adota posição ativa em sede probatória. Por conseguinte, se as provas produzidas pelas partes forem insuficientes, o juiz se manterá inerte. No *adversarial system*, evidencia-se valores como a liberdade, a autonomia e a iniciativa das partes, não cabendo ao juiz buscar de forma autônoma a verdade. Dessarte, quando as provas produzidas pelas partes acarretarem dúvidas acerca de fatos relevantes no processo, o magistrado deverá se ater às regras de distribuição do ônus da prova, e o sujeito processual onerado sofrerá o prejuízo ¹⁵³.

No *inquisitorial system*, o juiz possui papel de destaque em relação às partes, visto que, neste sistema, o magistrado adquire amplos poderes na condução do processo, além de deter a prerrogativa de produzir provas de ofício no curso da ação penal. Embora o magistrado atue ativamente na produção de provas, os sujeitos processuais desempenham funções diferentes (acusar, defender, julgar). Por essa razão, o modelo em tela não fere o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro (cf. art. 129, I da CRFB¹⁵⁴) ¹⁵⁵.

Portanto, o que irá definir a atuação das partes e do juiz criminal durante a persecução penal será a opção do sistema processual penal por um dos dois regimes. No capítulo posterior, será possível inferir que o Código de Processo Penal, consoante o artigo 156, adotou o *inquisitorial system*.

rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf> Acesso em: 29 out. 2017.

¹⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 129-130.

¹⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 135-136.

3. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

3.1. A iniciativa probatória do juiz em sede investigatória

A inovação trazida pela redação da Lei n. 11.690/2008 ao artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal¹⁵⁶ passou a prever a possibilidade de o juiz, de ofício, “ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes mesmo antes de iniciada a ação penal, observada a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida¹⁵⁷”.

A fase pré-processual penal, mais precisamente o inquérito policial, identifica os atores envolvidos ao congregar ações de pesquisa e de monitoração do fato¹⁵⁸. Dessa forma, o atual modelo processual penal inaugurado pela Carta Magna de 1988 possui características orientadas pelo sistema acusatório¹⁵⁹, baseado no modelo *actum trium personarum*¹⁶⁰, o qual consolida a separação das funções de acusar, defender e julgar. Esse modelo tem fundamento na imparcialidade do magistrado, de modo a distanciá-lo da fase investigatória, a qual deve ter como autores principais o delegado de polícia e o Ministério Público¹⁶¹.

Ademais, a apresentação de provas, no que diz respeito à materialidade da existência do fato e aos indícios de autoria, cabe à acusação, parte que não detém o ônus de demonstrar a culpabilidade do réu ou mesmo a inexistência de excludentes de ilicitude – segundo o “*caput*” artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer.

Em contraste, o inciso I do artigo 156 possibilita ao magistrado, de ofício, a produção antecipada de provas, ainda que em momento anterior à instauração da ação penal, uma vez verificada urgência e relevância no caso concreto. Esse dispositivo, à luz do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, aproxima o

¹⁵⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017.

¹⁵⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017.

¹⁵⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 156.

¹⁵⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 334.

¹⁶⁰ LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2013. p. 61.

¹⁶¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 874.

magistrado ao instituto do órgão acusador, a restar caracterizada a norma em comento em indubitável inconstitucionalidade¹⁶². O tema é abordado com divergência na doutrina do direito penal positivo, partindo-se da incumbência atribuída ao julgador de resolver o conflito com fulcro na instrução, fonte de sua persuasão¹⁶³.

Para Paulo Rangel, o artigo 155 e o artigo 156, inciso I, ambos do Código de Processo Penal, contradizem-se de maneira lógica, uma vez que aquele não permite ao magistrado a condenação única e exclusivamente fundamentada à luz de material probatório colhido na fase policial. Não obstante, o segundo artigo supramencionado autoriza o juiz a produzir provas *ex officio* na fase investigatória¹⁶⁴. Dessa forma, o autor se indaga: “Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença?”¹⁶⁵

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, contraria o sistema acusatório ao defender a constitucionalidade da norma em comento. O autor afirma que o juiz, ao determinar a colheita de provas durante a fase pré-processual de ofício, está agindo em conformidade com o princípio do impulso oficial e com o princípio da verdade real, uma vez que este instituto deve ter posição de destaque no processo penal brasileiro. Para Nucci, defender a inconstitucionalidade da referida norma é ir contra o princípio da verdade real e, por conseguinte, inibir a satisfação do livre convencimento pelo magistrado. O autor defende que o juiz que se mantém submetido a total inércia não obterá êxito na formação de sua convicção¹⁶⁶. Resta incompatível a tese apresentada por Nucci, na medida que a verificação de órgão dissemelhantes de acusação, defesa e julgamento não são suficientes ao modelo acusatório. Ao juiz, para revestir-se de inteira imparcialidade, deve ser impedido de tecer avaliações antecipadas sobre a matéria em debate¹⁶⁷.

¹⁶² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 341.

¹⁶³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.156.

¹⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p. 509.

¹⁶⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p. 509.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 355.

¹⁶⁷ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259.

Nesse mesmo diapasão, Noberto Pâncaro Avena reconhece a constitucionalidade do artigo 156, I do Código de Processo Penal¹⁶⁸, desde que a referida norma não seja interpretada em sua literalidade. Para Avena, esse dispositivo requer interpretação compatível tanto com o modelo acusatório implícito na Carta Maior quanto com princípio da verdade real que integra uma das finalidades do processo penal. A prova a ser realizada *ex officio* pelo magistrado em sede investigatória deveria ser condicionada a averiguação de determinados pressupostos elencados pelo autor, como: existência de investigação já em andamento suscitada pelos órgãos competente; presença de *periculum in mora* (medida urgente e relevante demonstrada pelo juiz) e *fumus bonis iuris* (exteriorizado através de indícios de autoria ou de prova da materialidade do fato); e verificação da excepcionalidade da atuação do juiz, uma vez que este só deverá atuar ativamente em sede investigatória caso a medida probatória obedeça critérios de *necessidade, adequação e proporcionalidade*¹⁶⁹, conforme dispõe a parte final do inciso I, do artigo 156 do CPP¹⁷⁰. Aury Lopes Júnior refuta os argumentos de Avena no que tange à posição do juiz frente ao inquérito policial. Para Aury, o magistrado limita-se como autêntico garantidor, contido em suas próprias manifestações e disperso à atividade pré-processual, qualificando-se como supraparte nessa relação¹⁷¹, e assim arremata:

“Daí porque nosso profundo rechaço ao disposto no inciso I do art. 156 (nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008), que permite ao juiz, de ofício, ordenar antes de iniciada a ação penal (logo, na investigação preliminar), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observado a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Como se percebe, além de caminhar em direção ao passado (juiz-instrutor), a reforma pontual maquiou o problema, utilizando critérios vagos e imprecisos (necessidade e adequação par que e para quem?) e o manipulável princípio da proporcionalidade (que com certeza será utilizado a partir de falaciosa dicotomia entre o (sagrado...) interesse público e o (sempre sacrificável) direito individual do imputado...)”¹⁷².

¹⁶⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017.

¹⁶⁹ AVENA, Noberto Pâncaro. *Processo Penal*. 9. ed. Método, 02/2017. p. 15.

¹⁷⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 dez. 2017.

¹⁷¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124.

¹⁷² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124.

Os argumentos a favor da produção de provas *ex officio* pelo magistrado vão de encontro ao princípio da inércia da jurisdição. Malgrado o Código de Processo Penal conceda ao juiz o exercício de produção de provas em sede investigativa, ao órgão julgador não é conferido, com base nas diretrizes basilares do direito processual penal, o poder de definir sua própria jurisdição ou concedida função persecutória. Autores como Marco Antônio Silva e Jayme de Freitas defendem a impossibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz em sede inquisitiva, a possibilitar o ato tão somente quando da solicitação pelo órgão ministerial¹⁷³. Porém, é rígido o entendimento de a iniciativa instrutória do juiz confundir-se com o princípio inquisitório, repellido pela Constituição Federal de 1988¹⁷⁴. Gilberto Thums assim entende:

“Se há um órgão estatal, organizado e estruturado por lei, em quadro de carreira, com atribuição exclusiva de promover a ação penal pública, está proibido o juiz de assumir o papel de acusador. O interesse público do processo no que diz respeito à acusação esgota-se na atuação do Ministério Público. O juiz deve decidir com base nas provas produzidas pelas partes. A pretensão acusatória e seus limites pertencem à parte autora¹⁷⁵.”

Além disso, destaca-se que a jurisdição penal se inicia pontualmente com a apreciação da acusação formulada pelo *parquet*. Tanto é que a chamada cláusula de reserva de jurisdição, a qual abrange a permissão para romper a inviolabilidade de domicílio, o direito à intimidade, o direito à privacidade ou até mesmo a liberdade individual, é pautada na mera proteção de interesses de investigação criminal, ao amparo da Constituição Federal e do devido processo legal. Por essa razoabilidade, o magistrado não deve realizar qualquer providência de ofício em fase de investigação criminal, seja para fins de conservação material a ser colhida ou mesmo qualquer determinação de medidas acautelatórias¹⁷⁶.

Todavia, isso não significa que o juiz criminal está impossibilitado de realizar qualquer ato durante a fase de investigação. Ao proferir decisão sobre interceptação telefônica ou acerca de uma realização de busca domiciliar, por exemplo, o

¹⁷³ SILVA, Marco Antônio da, FREITAS, Jayme de. *Código de Processo Penal Comentado*. 1. ed. Saraiva, 2012. p. 273.

¹⁷⁴ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 251-252.

¹⁷⁵ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 252.

¹⁷⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 341.

magistrado não está realizando investigação. Pelo contrário, o juiz está cumprindo com a sua função durante a persecução penal, qual seja, de examinar o cabimento da restrição de direitos e assegurar os direitos fundamentais do investigado.¹⁷⁷

O artigo 3º da revogada Lei n. 9.034/1995 – Lei de Organização Criminosa – entregava ao juiz criminal poderes instrutórios no sentido de buscar informações referentes a atuação das organizações criminosas ainda na fase investigativa – antes mesmo da propositura da ação penal¹⁷⁸. Dessarte, o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.570/DF¹⁷⁹, declarou inconstitucional a figura do *juiz inquisidor* descrita na norma ora examinada, sob a justificativa de que as atribuições de inquirição e investigação são entregues ao Ministério Público e a Polícia Judiciária, conforme ementa a seguir:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

(ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-

¹⁷⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.

¹⁷⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 875.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1570/DF.

Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>> Acesso em: 12 nov. 2017.

02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)¹⁸⁰

O ministro relator, Maurício Corrêa, em sede do controle de constitucionalidade em apreço, sustentou que a norma questionada criara uma espécie de juízo de instrução, o qual não apresenta previsão no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a incumbência do inquérito policial é reservada à Polícia. Além disso, o relator ponderou em seu voto que “Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade¹⁸¹”.

Nessa mesma esteira, no RHC n. 23945/RJ, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que quando o juiz procede ao interrogatório do réu antes mesmo da propositura da ação penal há grave violação à garantia da imparcialidade, *in verbis*:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO QUE PERMITA AO MAGISTRADO PROCEDER À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. RETORNO AO SISTEMA INQUISITÓRIO.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS DO CIDADÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989.

2. A lei da prisão temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570/DF*. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>> Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570/DF*. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>> Acesso em: 12 nov. 2017.

3. A Lei 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.
4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.
5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.
6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.
7. Recurso provido.

(RHC 23.945/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 16/03/2009)¹⁸²

No caso aludido, o juiz realizou atos de competência da polícia judiciária, indicando o artigo 2º, §3º, da Lei de Prisão Temporária como base legal para o procedimento realizado. Entrementes, o artigo supramencionado não confere poderes ao magistrado para interrogar o acusado durante o procedimento administrativo. O dispositivo em análise apenas permite ao magistrado que solicite informações e esclarecimentos à autoridade policial e determine, de ofício, que o preso lhe seja apresentado e submetido ao exame de corpo de delito.

Logo, conforme o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe ao magistrado interrogar o réu e apurar fatos antes mesmo da realização da denúncia pelo Ministério Público. O julgador que atua na investigação, de maneira consequente, declina-se à direcionamento específico, a afastar-se da imparcialidade, subjetivamente comprometida, por então haver alinhamento prévio a algum dos polos da relação processual¹⁸³. Afinal, a produção de provas incumbe

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 23.945/RJ*. Sexta Turma. Relatora: Min. Jane Silva. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=854582&num_registro=200801423264&data=20090316&formato=PDF>. Acesso em: 18 mar.2018.

¹⁸³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.) *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.

àqueles envolvidos no contraditório do processo, a restar ao juiz, em sede pré-processual, a figura de mero destinatário da prova¹⁸⁴.

Nesse sentido, é possível inferir que a atuação do juiz *ex officio* na fase pré-processual não se coaduna com um dos pilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, o sistema acusatório, cujo aspecto básico é a separação das funções de acusar, defender e julgar. Desse modo, quando o juiz concentra todas essas funções em suas mãos, além de comprometer a imparcialidade da jurisdição, viola a cláusula do devido processo legal. A presença do magistrado nessa etapa demonstra natureza excepcional e contingente, pois não exprime, sequer, caráter necessário à conclusão do inquérito policial¹⁸⁵. Logo, o recolhimento de material probatório para a propositura da ação penal compete exclusivamente à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, a fim de se manter preservada a imparcialidade do juiz¹⁸⁶.

3.2. Iniciativa probatória do juiz durante o curso da ação penal

À luz do princípio da verdade, verifica-se a possibilidade de o órgão julgador estipular a produção de provas em sede de processo penal. Diferentemente do inquérito policial, nessa etapa, o ordenamento jurídico brasileiro garante ao então acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa frente à motivação das decisões judiciais¹⁸⁷, e, por conseguinte, passa a garantir o direito de reação e influência das partes no rumo do processo¹⁸⁸.

O inciso II do art. 156 do Código de Processo Penal foi acrescentado pela Lei n.º 11.690/2008, facultando ao juiz a realização de diligências com o fito de sanar incertezas sobre pontos relevantes no curso da instrução – fase processual. A condição da observância do contraditório e da ampla defesa torna o dispositivo mais compreensível quanto à determinação da produção de provas do juiz quando comparada à etapa inquisitorial. O dispositivo em tela deriva de sistema há muito consolidado no processo civil brasileiro, o qual foi reafirmado pela Lei n.º

¹⁸⁴ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 467.

¹⁸⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 124.

¹⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 875.

¹⁸⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1. p. 875.

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva, 2017. p. 797.

13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil¹⁸⁹. Entretanto, ressalta-se que a referida garantia constitucional não é destinada ao órgão jurisdicional, mas tão somente aos litigantes, estes que devem utilizá-la em face da produção de provas, à luz do binômio conhecimento-reação, não lançado em fase pré-processual¹⁹⁰.

Por meio da literalidade expressa no artigo 155 do Código de Processo Penal, infere-se que o princípio da judicialização sugere, em regra, que a produção de provas seja realizada em juízo, a realizar fato gerador com a norma constitucional prevista no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna¹⁹¹. Nessa esteira, o contraditório firma-se como fator determinante à possibilidade de produção de provas por iniciativa do magistrado em sede processual. Essa garantia constitucional-processual, inexistente em sede investigativa, fortalece a tese da garantia da imparcialidade do juiz frente à própria atuação¹⁹².

Sob o aspecto político, a produção de provas, por ânimo do magistrado, deriva da função social do processo a alcançar a paz comum. Dessarte, não é possível admitir, quando presente a possibilidade do contraditório, a aplicação de normas de direito substancial a acontecimentos não devidamente apresentados, isto é, o juiz deve suprir as limitações dos litigantes, a fim de alcançar a *par condicio*, de forma a superar as desigualdades entre as partes, uma vez que a função do magistrado em um processo plublicista é indispensavelmente ativo. A produção de provas na fase instrutória é, com larga frequência, quesito determinante à conclusão processual¹⁹³.

A prerrogativa conferida ao juiz demanda dúvidas na doutrina quanto à natureza de o elevado poder probatório em sede processual se tratar de mera faculdade ou de verdadeira obrigação. Parcela dos estudiosos processualistas penais afirmam consistir o poder em simples autorização ofertada ao magistrado, entendimento o qual não prevalece. De maneira contrária, predomina a posição que defende ser o poder instrutório do magistrado, no curso da ação penal, legítimo

¹⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 355.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva, 2017. p. 796.

¹⁹¹ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 467.

¹⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 84.

¹⁹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15-23 jan./jun. 2005. p.18.

poder-dever, a indicar a *mens legis* resgatada em interpretação sistemática do direito positivo¹⁹⁴. Ademais, a qualidade da imparcialidade subsiste quando da atuação do juiz em busca da verdade, desde que observados os fundamentos legais, jurídicos e constitucionais, a exemplo do contraditório consagrado em sede processual¹⁹⁵.

Antônio Alberto Machado, por sua vez, opõe-se ao engenho magisterial supracitado, imputando às partes, de modo quase exclusivo, a obrigação do *onus probandi*. Para o autor, a produção de provas em juízo é direito-dever das partes, e não do órgão julgador, o qual deve contentar-se em apenas presidir, de maneira imparcial, o duelo probante¹⁹⁶. Ao afirmar que a figura do magistrado resta, pois, como mera destinatária daquilo que foi apresentado nos autos do processo, Machado define:

“Quando o juiz determina, de ofício, a realização de provas, é sinal de que ele está em dúvida, e, na dúvida, deve absolver o acusado, aplicando o princípio do *in dubio pro reo*. Se o juiz não absolve aplicando esse princípio é porque as diligências que ele vai determinar, conseqüentemente, são diligências destinadas a apurar a responsabilidade criminal do réu, e não a sua inocência, como se ele (juiz) fosse um acusador, o que torna a sua atuação contrária no princípio constitucional do processo acusatório.

(...)

Durante a instrução do processo é natural que o juiz tenha dúvidas acerca do fato ou da responsabilidade criminal do acusado, mas nem por isso deve sair procurando novas provas. Precisa aguardar que as partes dirimam essas dúvidas, e se elas persistirem, ao final de instrução probatória, deve absolver o réu em nome do princípio milenar do *in dubio pro reo*¹⁹⁷.”

Entrementes, os fundamentos delineados no sentido de impedir a produção de provas pelo órgão julgador, no curso do processo, são vulneráveis e inconsistentes. Na medida que a demanda por esclarecimentos seja medida excepcional, em face às incertezas não esclarecidas pelas partes, os atos do magistrado apresentam, pois, caráter supletivo. As provas produzidas por determinação judicial como meio de complementação, em sede processual, não

¹⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 87.

¹⁹⁵ BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.122.

¹⁹⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 467.

¹⁹⁷ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 474-475.

prevê benefício a qualquer das partes, uma vez que o resultado do indício não é previsível¹⁹⁸.

Marcos Alexandre Coelho Zilli define que a decisão do juiz quanto à produção de provas de modo complementar exige motivação e indicação da finalidade visada pela medida, alinhada à publicidade, ao contraditório e à ampla defesa das partes, a garantir, aos litigantes, possibilidade de participação nas mesmas proporções quanto às produções e aos resultados¹⁹⁹. Eugênio Pacelli complementa Zilli, ao destacar que a manifestação do magistrado, ao produzir provas *ex officio*, no processo penal, é fator determinante ao equilíbrio da natureza material da ação e da paridade de armas entre as partes²⁰⁰. Outrossim, Pacelli enfatiza a peculiar resolução do magistrado no que tange à produção de provas em caso de dúvida – diferenciando-a de sua mera ausência:

“A *dúvida* somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o *não produzido*. Assim, é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre *prova produzida*, e não sobre a insuficiência ou ausência da atividade persecutória²⁰¹.”

Na linha seguida por Machado, Antônio Magalhães Gomes Filho também combate o poderio instrutório do juiz em sede processual. Para o autor, há, no processo, a figura do juiz inquisidor, consagrada pela busca incessante da verdade real e baseada nos institutos do livre convencimento do julgador e da economia do processo²⁰². Paulo Rangel complementa essa idealização ao declarar que não há espaço ao juiz para deter gestão da prova, ainda que instaurada a ação penal. Rangel defende que o poder instrutório *ex officio* do juiz declina-se, invariavelmente,

¹⁹⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 158.

¹⁹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159-160.

²⁰⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 344.

²⁰¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 344.

²⁰² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 59-60.

à condenação do acusado, uma vez que o direito processual penal determina a absolvição do acusado em caso de ausência de provas ou dúvidas sobre elas²⁰³.

Os argumentos, porém, não se sustentam frente à interpretação sistemática do Código de Processo Penal. Ada Pellegrini leciona que confusões doutrinárias são desenvolvidas em virtude da equivocada interpretação desempenhada sobre o processo inquisitivo e o processo acusatório. Segundo Ada, este não se desnatura em razão da concessão de poderes instrutórios ao órgão julgador, pois, afinal, trata-se de distinção de modelos, em vez de sistemas, fundamento que permite ao sistema acusatório valer-se tanto do *adversarial system* quanto do *inquisitorial system*²⁰⁴. Nesse sentido, a Suprema Corte esboça o entendimento em apreço ao interpretá-lo sobre caso concreto:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). EXAME GRAFOTÉCNICO. DILIGÊNCIA REQUERIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ART. 156, II, DO CPP. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. **O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPC).** 2. **As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença.** Precedente: AR 1.538-AgR-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02. 3. In casu, a paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal, por ter, em tese, apresentado documento público (histórico escolar) e documento particular (diploma de qualificação técnica) falsos perante o Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Mato Grosso a fim de exercer, ilegalmente, a profissão de auxiliar de enfermagem. Concluída a instrução criminal, o juiz singular converteu o julgamento em diligência a fim de determinar a realização de exame grafotécnico para, após, sentenciar o feito. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada

²⁰³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24.ed. Atlas, 2016. p. 510.

²⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15 -23, jan./jun. 2005. p. 15-16.

em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita.

(HC 121689, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014)²⁰⁵ (grifo nosso)

Guilherme de Souza Nucci acompanha o entendimento do Pretório Excelso e da autora Ada Pellegrini. Nucci, inclusive, destaca os benefícios da atuação do magistrado no que diz respeito ao processo – e não à uma parte ou outra:

“A atuação de ofício do juiz, na colheita de prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença²⁰⁶.”

Gilberto Thums é outro autor que contraria o preceito definido no inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal. Para ele, o órgão julgador incumbido de poderes constitucionais deve, ao deparar-se com a dúvida, aplicar o instituto do *favor rei*, e não valer-se da busca por provas – o que seria, segundo Thums, a ditadura infiltrada na democracia²⁰⁷. Além disso, afirma não poder ser o juiz o gerente da prova, pois desse modo incorreria em declínio ora ao lado da defesa, ora ao lado da acusação. Deveria o juiz, pois, ser mero avaliador das provas, jamais empenhar-se em originá-las²⁰⁸. Gustavo Badaró, de maneira sucinta, desmantela a construção de Thums:

“Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. Ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Por outro lado, se o juiz

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 121689-DF. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de maio de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5980927>> Acesso em: 10 mar.2018.

²⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 355.

²⁰⁷ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 282-283.

²⁰⁸ THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 287.

está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova. Juiz ativo não é sinônimo de juiz parcial²⁰⁹.”

Dessarte, adverte-se que a produção de provas pelo magistrado, em juízo, não se confunde com a matriz acusatória. O legislador, ao conferir ao órgão julgador a possibilidade de produção de provas, desde o recebimento da denúncia (ou da queixa-crime) até a sentença, concedeu-lhe autonomia para sanar nebulosidades do processo. Entretanto, o poder legiferante olvidou-se ao não delinear de maneira precisa as possibilidades instrutórias do juiz. Deveria, pois, oferecer a prerrogativa ao magistrado somente após o esgotamento de provas pelas partes, de modo supletivo, a evitar compassos que possam comprometer-lhe a imparcialidade²¹⁰. Infere-se a harmonia e a constitucionalidade dos institutos do juiz, da prova e do contraditório com fulcro nos estudos e entendimentos da doutrina majoritária positiva, bem como nos entendimentos dos Tribunais Superior, a arrematar-se com o manifesto e recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO.
TRIBUNAL DO JÚRI.

INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL.
ARTS. 209 E 497, XI, AMBOS DO CPP. SISTEMA ACUSATÓRIO.
COMPATIBILIDADE. LIMITES.

PODER RESIDUAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham em um mesmo sujeito processual as funções de defender, acusar e julgar, mas não elimina, dada a natureza publicista do processo, a possibilidade de o juiz determinar, mediante fundamentação e sob contraditório, a realização de diligências ou a produção de meios de prova para a melhor reconstrução histórica dos fatos, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade. 2. Não fora assim, restaria ao juiz, a quem se outorga o poder soberano de dizer o direito, lavar as mãos e reconhecer sua incapacidade de outorgar, com justeza e justiça, a tutela jurisdicional postulada, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Uma postura de tal jaez ilidiria o compromisso judicial com a verdade e com a justiça, sujeitando-o, sem qualquer reserva, ao resultado da atividade instrutória das partes, nem sempre suficiente para esclarecer, satisfatoriamente, os fatos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva.

²⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83.

²¹⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 160-161.

3. O uso, pelo magistrado, de seus poderes instrutórios, presentes em inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal, não autoriza, porém, posturas de vanguarda ou de protagonismo judicial.
4. Entretanto, sob uma ótica que busca a realização do processo justo e tendo em vista as peculiaridades do Tribunal do Júri, em que o juiz-presidente apenas prepara e regula a realização do julgamento pelos juízes populares, deve ser prestigiada a atividade probatória deflagrada pelo Juiz que determina, de ofício, a oitiva em plenário de testemunhas arroladas extemporaneamente na fase do art. 422 do CPP, mas já ouvidas em juízo na primeira fase do procedimento escalonado do Tribunal do Júri, porque de forma residual e em consonância com os arts. 209 e 497, XI, ambos do CPP, para a correta compreensão de importantes fatos relatados durante a produção da prova oral.
5. Recurso ordinário não provido.

(RHC 87.764/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 06/11/2017)²¹¹ (grifo nosso)

A inércia do órgão julgador, durante a persecução processual, compromete a pacificação social almejada pelo direito²¹². O juiz deve, pois, manifestar-se de maneira pontual e complementar no que tange à produção de provas, uma vez demonstrado que a disponibilidade do direito material não descamba em influências sobre o processo, posto que se trata de mecanismo de função estatal, com escopo social de solucionar o conflito²¹³. A proposta delineada pelo Código de Processo Penal define o magistrado como juiz de garantias, e não como juiz inquisidor, ao apresentar o sistema processual penal com bases democráticas e adequadas aos direitos e garantias fundamentais²¹⁴.

²¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 87.764/DF*. Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 03 de outubro de 2017. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1642136&tipo=0&nreg=201701890912&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171106&formato=PDF&salvar=false> >. Acesso em: 04 fev. 2018.

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 71-79, julho-setembro/2000. p. 74.

²¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 65.

²¹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 169.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico brasileiro, ao apresentar, em seu cerne, diretrizes relacionadas ao Estado Democrático de Direito. A esperança da população brasileira pelo exercício de liberdades políticas não havidas à época da ditadura militar impulsionou o Poder Constitucional Originário a estabelecer direitos e garantias fundamentais, com a finalidade de conferir equilíbrio às medidas sociais e às relações processuais.

Ao amparo do devido processo legal, a Carta Magna conduziu o Direito Processual Penal ao modelo acusatório. O órgão julgador afastava-se da figura acusadora, e cânones vinculados à culpabilidade e a periculosidade do acusado davam lugar a preceitos de proteção ao indivíduo, partes mais vulnerável da relação processual penal. O referido sistema confere paridade de poderes aos envolvidos, atribuindo-lhes os atos instrutórios do feito e coordena os atos do órgão julgador à simples provocação. Ademais, o sistema acusatório é estimado por princípios indissociáveis à democracia e ao zelo ao acusado, ser este vulnerável quando comparado ao largo aparato técnico do Estado.

Os preceitos maiores apresentados pela Carta de Outubro, sob forte influência política, restaram violados ao longo dos anos por meio de reformas infraconstitucionais. Decorrentes do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o contraditório e a ampla defesa, mecanismos basilares à defesa do réu, verificam-se inócuos ante traços do sistema inquisitivo que foram inseridos no Código de Processo Penal. Exemplo mais claro disso são as alterações impostas pela Lei n.º 11.690/2008, as quais alteraram o diploma processual penal para conferir ao magistrado o poder-dever – e não a mera faculdade – de produzir provas *ex officio* em detrimento de artifícios de defesa do réu. Ao órgão julgador, desse modo, concedeu-se poder instrutório quando deparado com a urgência e relevância, em fase investigativa, sob a observância de medidas necessárias, adequadas e proporcionais. A nova prerrogativa conferida ao magistrado desestabilizou o modelo acusatório com essa marcante norma de natureza inquisitorial, prevista no inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal. Conquanto o regramento tenha sido inserido vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já afirmou, de forma categórica, que o sistema brasileiro é

indiscutivelmente acusatório, uma vez que nele prevalece a paridade de armas entre as partes em consonância com os princípios da isonomia e do devido processo legal.

A divergência na doutrina, quanto ao tema discorrido, é parelha, mas declina-se no sentido da inconstitucionalidade da norma. Há patente violação ao princípio da inércia da jurisdição, pois a confecção de poderes instrutórios ao juiz aproxima-o do órgão acusador e não acompanha o sistema acusatório, uma vez verificada a ausência dos institutos do contraditório e da ampla defesa em sede pré-processual, fator determinante para a defesa da tese. O magistrado deve, pois, limitar-se como autêntico garantidor da fase investigativa, apenas assegurando os direitos fundamentais do investigado e determinando, quando necessário, operações de reserva de jurisdição.

Por fim, o tema evolui ao inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal. Permanece a prerrogativa instrutória do magistrado, porém confere-se ao acusado meios constitucionais de resguarda, mais precisamente o contraditório e a ampla defesa, havendo nítido equilíbrio e harmonia no curso do processo instaurado. Infere-se, nesse ponto, o afastamento do *adversarial system*, no qual o magistrado limita-se a posição de garante, a preservar-se a autonomia das partes, e a aproximação do *inquisitorial system*, a aproximar o juiz do órgão julgador quando determinar, *per si*, a produção de provas. Apesar disso, infere-se, nesse momento, a paridade de armas entre Estado e réu, inclusive sobre o argumento de que a garantia sobre a qual o magistrado se reveste não se destina a si, mas sim aos litigantes. Ademais, o aludido poderio do magistrado, ainda que seja legítimo poder-dever, não deve ser exercido de modo indiscriminado. Reserva-se, pois, à função social do processo e à paz comum, além de limitar o juiz a atos meramente suplementares no que tange à produção de provas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AVENA, Noberto Pâncaro. *Processo Penal*. 9. ed. Método, 02/2017.

AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROS, Marcos Antônio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 mar. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm> Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. *HC 347748/ AP*. Quinta Turma. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Brasília, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62308902&num_registro=201600192500&data=20161010&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 23.945/RJ*. Sexta Turma. Relatora: Min. Jane Silva. Brasília. Brasília, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em:
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=854582&num_registro=200801423264&data=20090316&formato=PDF >. Acesso em: 18 mar.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus. *RHC 87.764/DF*. Sexta Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, 03 de outubro de 2017. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1642136&tipo=0&nreg=201701890912&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171106&formato=PDF&salvar=false> >. Acesso em: 04 fev.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1570/DF*. Plenário. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>> Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 81963 - RS*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 18 de junho de 2002. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000095068&base=baseAcordaos>> Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 84580-1/SP*. Segunda Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=602611>> Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 94.282- GO*. Segunda Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 03 de março de 2009. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=589319>> Acesso em: 04 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 121689-DF*. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 de maio de 2014. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5980927>>. Acesso em: 10 mar.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 5104 MC/ DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 21 de maio de 2014. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000251102&base=baseAcordaos>> Acesso em: 04 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 523*. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729> > Acesso em: 03 set. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In: Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001. p. 3-56.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *O Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A presunção de inocência e o ônus da prova em processo penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, nov. 1994.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 25 ago. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15- 23, jan./jun. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27 p. 71-79, julho-setembro/2000.

JR., SIQUEIRA, Paulo Hamilton. *Direito Processual constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Niterói, RJ: Impetrus, 2011. v. 1.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal* – 5. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1997. vol. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, vol. 1.

MIRABETE, Julio Fabrinni. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal* – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucionais das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucionais das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório a conformidade constitucionais das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Editora Saraiva, 2017.

SARAIVA, Railda. *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A emendatio libelli e a mutatio libelli na reforma do Código de Processo Penal*. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n.44, p.11-19, jan./mar.2009. Disponível em:
<<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1123/1222>> Acesso em: 23 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marco Antônio da. *Acesso à Justiça Penal e Estado democrático de direito*. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antônio da, FREITAS, Jayme de. *Código de Processo Penal Comentado*. 1 ed. Saraiva, 2012.

SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 2.

THUMS, Gilberto. *Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O poder instrutório do juiz no processo penal. In: RASCOVSKI, Luiz (Coord.). *Temas relevantes de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 149-171.